

Over de ongekennde legitimiteit van een optionele code

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2011). Over de ongekennde legitimiteit van een optionele code. In M. Hesselink, & E. al. (Eds.), *Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?* (pp. 25-32). Boom Juridisch.

Document status and date:

Published: 01/01/2011

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

ONDER REDACTIE VAN
MARTIJN HESSELINK
AUKJE VAN HOEK
MARCO LOOS
ARTHUR SALOMONS

Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?

CENTRE FOR THE STUDY OF EUROPEAN CONTRACT LAW



CENTRE FOR THE STUDY OF
EUROPEAN CONTRACT LAW

Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?

Martijn Hesselink, Aukje van Hoek, Marco Loos en Arthur Salomons (red.)

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2011

Over de ongeken­de legiti­meit van een optionele code

J.M. Smits*

1 Inleiding

Met de publicatie van het Groenboek over Europees contractenrecht¹ heeft de Europese Commissie nieuw leven geblazen in het oude plan voor de ontwikkeling van een optioneel Europees stelsel van contractenrecht. Waar dit plan al figureerde in de allereerste Mededeling van de Commissie op het terrein van het contractenrecht uit 2001,² wordt er thans opnieuw op in gezet. Uit het Groenboek zelf blijkt dat niet onmiddellijk, want daarin is deze optie verscholen tussen zeven beleidsalternatieven die uiteenlopen van de vrijblijvende publicatie op het wereldwijde web van niet-bindende modelbepalingen tot het invoeren van een volwaardig Europees burgerlijk wetboek dat in de plaats komt van nationaal recht. Ingewijden weten echter dat het de Europese Commissie eigenlijk te doen is om een optioneel contractenrecht,³ iets dat mijns inziens veel duidelijker had moeten worden gemaakt in het document.⁴ Ietwat verrassend is deze ontwikkeling overigens wel: het leek er nog niet zo lang geleden nog op dat de Commissie de plannen voor een optionele code had laten varen. Ook laat de vorig jaar in werking getreden Rome I-Verordening⁵ er weinig misverstand over bestaan dat een keuze voor een ander dan een nationaal contractenrecht in de Europese Unie thans niet mogelijk is. Wat daarvan zij: nu het debat in politiek opzicht wederom

* Hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en onderzoekshoogleraar Comparative Legal Studies aan de Universiteit van Helsinki. Deze bijdrage is gebaseerd op de lezing gehouden op het Symposium Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument? (Universiteit van Amsterdam, 10 november 2010).

1 Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM (2010) 348.

2 'Mededeling over Europees verbintenissenrecht', COM (2001) 398, p. 16 v.

3 Zie ook Jim Brunsden, Call for single contract law system, *European Voice* 17 juni 2010.

4 Zie J.M. Smits en R.R.R. Hardy, Het Groenboek over de ontwikkeling van een Europees contractenrecht: een optioneel Europees contractenrecht verdient alle steun, WPNR 6858 (2010), p. 719 v.

5 Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst.

wordt aangezwengeld, ligt het voor de hand om opnieuw aandacht aan het thema te besteden.⁶

In deze bijdrage wordt ingegaan op de legitimiteit van een optioneel Europees contractenrecht: is de invoering van een dergelijk instrument wenselijk? Die vraag is lastig te beantwoorden omdat over de inhoud van een toekomstig optioneel Europees contractenrecht weinig bekend is. Af en toe sijpelt wat door vanuit de door de Europese Commissie ingestelde deskundigengroep⁷ die belast is met het bewerken van het Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees Privaatrecht,⁸ maar dat is onvoldoende om een artikel op te bouwen. Dat heeft als belangrijk voordeel dat in het navolgende diverse alternatieve benaderingen kunnen worden geschetst. De teneur van deze bijdrage is dat optionele stelsels een ongekend potentieel hebben: zij bieden belangrijke voordelen ten opzichte van meer traditionele vormen van regelgeving. Dat wordt hier uitgewerkt door eerst iets te zeggen over de waarde van optionele stelsels in het algemeen (paragraaf 2), vervolgens over de vraag hoe een optioneel stelsel van contractenrecht idealiter wordt vormgegeven (paragraaf 3) en ten slotte nog iets over de democratische legitimiteit er van (paragraaf 4).

2 De waarde van optionele rechtsstelsels in het algemeen

De kern van een optioneel Europees rechtsstelsel is dat het een alternatief biedt voor nationale stelsels. Waar normaal gesproken het recht van een land van rechtswege of door rechtskeuze toepasselijk is, biedt een optioneel stelsel partijen het alternatief van een Europees stelsel dat zij op een deel van hun rechtsverhouding van toepassing kunnen verklaren. Dergelijke stelsels zijn niet nieuw.⁹ Bekende voorbeelden op uiteenlopende terreinen zijn het Europees Economisch Samenwerkingsverband (EESV),¹⁰ de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE),¹¹ de Europese Vennootschap (SE)¹² en het Gemeenschapsmerk.¹³ De populariteit van deze optionele stelsels verschilt aanzienlijk: waar van het EESV relatief weinig gebruik wordt gemaakt, hebben de afgelopen zes jaar al meer dan 200 bedrijven zich geregistreerd als Europese vennootschap. Daaronder zijn grote multinationals als BASF en Porsche. Dat geeft aan dat bedrijven kennelijk behoefte hebben aan een Europees stelsel dat bestaat naast de nationale jurisdicties. Het wekt

6 Ik deed dat eerder in bijvoorbeeld Jan Smits, *Toward a Multi-Layered Contract Law for Europe*, in: Stefan Grundmann & Jules Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague 2002, p. 387 v.

7 Besluit van de Commissie van 26 april 2010 tot oprichting van de deskundigengroep voor het gemeenschappelijke referentiekader op het gebied van het Europees contractenrecht, Pb EG L 105/109.

8 Christian Von Bar & Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München 2009.

9 Zie voor het navolgende ook Jan Smits, *Europees recht als alternatief: de charme van het 28ste rechtsstelsel*, TPR 2009, p. 1731 v.

10 Verordening 2137/85 tot instelling van Europees economische samenwerkingsverbanden (EESV).

11 Verordening 1435/2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).

12 Verordening 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE).

13 Nu Verordening 207/2009 inzake het Gemeenschapsmerk.

dan ook geen verbazing dat inmiddels op andere terreinen ook initiatieven zijn genomen om tot alternatieve stelsels te komen.

Een bekend initiatief van de Europese Commissie is bijvoorbeeld dat voor de oprichting van een Europese besloten vennootschap (de *Societas Privata Europaea* of SPE),¹⁴ die zal komen naast de bestaande nationale varianten zoals de Nederlandse BV, de Belgische BVBA en de Engelse *Limited Company*. Maar de initiatieven zijn niet beperkt geweest tot het vennootschapsrecht. Naast oude plannen voor een Europese vereniging¹⁵ en voor een 'Eurohypotheek'¹⁶ zijn onlangs optionele stelsels voorgesteld voor onder meer spaarproducten en verzekeringen¹⁷ en voor het vaststellen van de heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting.¹⁸ In december 2009 werd bovendien eindelijk overeenstemming bereikt over invoering van het lang verwachte Gemeenschapsoctrooi.¹⁹ Het wekt dan ook geen verbazing dat het Europees Economisch en Sociaal Comité in 2010 zelfs op eigen initiatief een advies wijdde aan dit fenomeen onder de titel '*The 28th regime – an alternative allowing less lawmaking at Community level.*'²⁰

Welke argumenten pleiten nu voor het invoeren van deze 28^{ste} stelsels? Mijs inziens zijn dat er drie. In de eerste plaats heeft Europeanisering van het privaatrecht door de Europese wetgever in de afgelopen twee decennia vooral plaatsgevonden via verordeningen (op het terrein van internationaal privaatrecht) en richtlijnen (doorgaans inzake consumentenbescherming). Kenmerkend voor deze wijzen van harmonisatie is dat er weinig valt te kiezen: verordeningen zijn rechtstreeks bindend en ook in geval van richtlijnen is de marge voor de lidstaten bij de implementatie niet groot. Algemeen bekend is dat dit op nationaal niveau tot veel onvrede leidt: de coherentie van het rechtssysteem wordt er door aangetast. Op Europees niveau is de onvrede vaak niet minder groot: Europese wetgeving blijft vaak een politiek compromis met alle gevolgen voor de kwaliteit van de gegeven regels van dien, nog daargelaten dat de implementatie van richtlijnen in de praktijk niet optimaal geschiedt.

Het is tegen deze achtergrond dat het creëren van optionele rechtsstelsels een alternatief kan bieden. Zij laten bestaande nationale regels immers geheel intact en maken het afhankelijk van partijen of het Europese regime al dan niet van toepassing wordt. Daarmee blijft de coherentie van het nationale recht beter in stand. Ook kan de kwaliteit van een optioneel rechtsstelsel hoger zijn: lidstaten

14 Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap, COM (2008) 396.

15 Gewijzigd voorstel voor een verordening betreffende het statuut van de Europese vereniging, COM (93) 252. Dit voorstel is inmiddels ingetrokken.

16 Witboek over de integratie van de EU-markt voor hypothecair krediet, COM (2007) 807.

17 Groenboek over het beleid op het gebied van financiële diensten, COM (2005) 177; zie met name de reactie van 'Eurosif' op dit Groenboek.

18 Mededeling van de Commissie: Naar een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB): balans en vooruitblik, COM (2006) 157.

19 Voorstel voor een Verordening betreffende het Gemeenschapsoctrooi, COM (2000) 412. Zie Persbericht IP/09/1880 van 4 december 2009.

20 INT/499 – CESE 758/2010, 27 mei 2010.

behoeven hun eigen rechtssysteem niet op te geven en zullen recht van Europese oorsprong dus gemakkelijker aanvaarden. Voorwaarde is natuurlijk wel dat lidstaten er aan wennen dat daarmee hun nationale recht *de facto* minder belangrijk wordt.²¹

In de tweede plaats is een belangrijk voordeel van 28^{ste} rechtsstelsels dat zij aanleiding kunnen geven tot een sociaal experiment. In het debat over harmonisatie van Europees contractenrecht wordt er steeds weer op gewezen dat grensoverschrijdende handel wordt belemmerd omdat partijen kunnen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat. Het blijkt buitengewoon lastig om de juistheid van die hypothese empirisch te toetsen, maar juist een Europees stelsel van contractenrecht kan hier een belangrijke rol vervullen. Indien dat stelsel wordt gecreëerd, blijkt immers automatisch in welke mate er gebruik van zal worden gemaakt. Dat is een wijze van 'spontane' harmonisatie waar ik eerder een lans voor heb gebroken.²² Weliswaar kan dit type harmonisatie ook plaatsvinden doordat partijen kiezen voor een *nationaal* stelsel, maar juist een Europees stelsel heeft als voordeel dat het op transparante wijze in het leven kan worden geroepen en dat informatie er over in alle talen van de Unie kan worden verstrekt. Veel beter dan het recente voorstel om erfaters de mogelijkheid te bieden om te kiezen voor het nationale erfrechtstelsel van hun voorkeur,²³ lijkt mij dan ook om een optioneel Europees erfrechtstelsel in het leven te roepen. Ook een optioneel Europees echtscheidingsrecht lijkt mij beter dan de onlangs voorgestelde rechtskeuze in geval van een internationaal huwelijk.²⁴

Ten slotte is er een rechtsfilosofisch argument: het creëren van optioneel recht past bij de gedachte dat het niet de Staat moet zijn die bepaalt wat het enige juiste recht is, maar dat we moeten leren denken in termen van alternatieven en dus van keuzeruimte voor individuen, uiteraard binnen de grenzen van dwingend recht. Dat past bij de veranderende rol van nationale Staten in een globaliserende samenleving.²⁵

3 De ideale vormgeving van een optioneel stelsel van contractenrecht

Bovenstaande algemene beschouwingen laten nog in het midden hoe een optioneel stelsel op het terrein van het contractenrecht idealiter wordt vormgegeven.

21 Zie ook Jan Smits, Plan voor een optioneel Europees contractenrecht verdient alle steun, *Financieel Dagblad* 15 juli 2010.

22 Zie J.M. Smits, Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid, preadvies NJV 2006, in: *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 136 (2006-1), p. 57 v.

23 Voorstel van 4 oktober 2009 voor een Verordening inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten in zaken van erfrecht en de invoering van een Europese verklaring van erfrecht, COM (2009) 154.

24 Zie persbericht 3 december 2010, IP/10/1653: 'EU-ministers van Justitie onderschrijven nieuwe regels met het oog op rechtszekerheid bij grensoverschrijdende echtscheidingen.'

25 Zie hierover bijv. Jan Smits, *Rechtstoerisme*, *Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat*, Tilburg 2010 en voor de achterliggende visie op recht dez., *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag 2009.

Drie belangrijke in het Groenboek gestelde vragen verdienen nadere aandacht: de vraag of het stelsel alleen moet gelden voor grensoverschrijdende overeenkomsten of ook voor binnen één land gesloten contracten, de vraag of het zowel op commerciële ('B2B') als op consumentencontracten ('B2C') van toepassing is en de vraag wat er inhoudelijk precies deel van moet uitmaken.

Het antwoord op de eerste vraag is mijns inziens niet moeilijk. Om het instrument voor zoveel mogelijk partijen aantrekkelijk te maken moet het ook in puur nationale contracten van toepassing kunnen worden verklaard. In het Groenboek staat terecht dat dit ook is waar partijen behoefte aan hebben: één regime, onafhankelijk van de vraag of zij in hun eigen land of elders contracteren. Naar verluidt zou de voorkeur van de Europese Commissie en van de deskundigengroep zijn om het optioneel instrument alleen van toepassing te verklaren op grensoverschrijdende overeenkomsten om er zeker van te zijn dat art. 114 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie een bevoegdheid biedt.²⁶ De waarde van dat argument lijkt me zeer gering: de afgelopen 25 jaar heeft de Europese wetgever op grote schaal richtlijnen gegeven voor privaatrechtelijke verhoudingen zonder veel bekommernis om de vraag of die regels alleen voor grensoverschrijdende gevallen hebben te gelden of niet. Toepasselijkheid in ook nationale verhoudingen verdient overigens ook de voorkeur omdat daarmee sneller meer rechterlijke uitspraken beschikbaar komen over de code: dat draagt bij aan onze kennis over hoe die moet worden geïnterpreteerd.

Over de tweede vraag valt langer te debatteren. Door de Europese Commissie wordt er als vanzelfsprekend van uitgegaan dat het optioneel instrument zowel in consumentenovereenkomsten als in commerciële overeenkomsten moet kunnen worden gekozen. Ook in het Groenboek wordt dit buiten twijfel gesteld waar wordt gezegd dat het instrument 'een duidelijk hoog niveau van consumentenbescherming'²⁷ moet bieden. Maar als de bestaande richtlijnen op het terrein van consumentenbescherming deel uitmaken van het instrument – wat uiteraard het geval zal zijn als het van toepassing is op consumentenovereenkomsten – is dat bij enig doordenken toch problematisch. De bestaande richtlijnen bieden immers minimum-harmonisatie. Dit betekent dat een slimme consument niet voor het Europese stelsel zal kiezen omdat hij dan de kans loopt minder bescherming te genieten dan wanneer een nationaal stelsel van toepassing is: dat is de keuze tussen de *zekerheid* van het minimumniveau van het optioneel instrument en de *kans* op de hogere bescherming van een nationaal stelsel. Strategisch is het dan beter om als consument de inmiddels befaamde *blue button*²⁸ niet aan te raken. Een optionele consumentencode heeft daarmee weinig kans van slagen tenzij minimumharmonisatie wordt afgeschaft. Daar pleiten echter niet alleen

26 Zie in dezelfde zin Schmid, o.c., p. 299.

27 Groenboek 2010, o.c., p. 10.

28 Hans Schulte-Nölke, EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the 'Blue Button', ECLR 2007, p. 332 v.

overtuigende argumenten tegen,²⁹ onlangs bleek ook de politieke onhaalbaarheid van een voorstel om dat te doen.³⁰

Een optioneel instrument lijkt hiermee het meest interessant voor commerciële partijen. Het moet mijns inziens dan wel zoveel mogelijk zijn opgetuigd, inclusief ‘Europees’ dwingend recht zodat het een volwaardig rechtsstelsel is waar partijen zinvol voor kunnen kiezen. Dat dient niet alleen die partijen, maar is – zoals al aangegeven in paragraaf 2 – ook een sociaal experiment. In het debat over harmonisatie van Europees contractenrecht wordt er steeds weer op gewezen dat grensoverschrijdende handel wordt belemmerd als partijen worden geconfronteerd met het recht van een andere lidstaat. Het blijkt buitengewoon lastig om de juistheid van die hypothese empirisch te toetsen, maar indien een optioneel Europees stelsel van contractenrecht wordt gecreëerd, blijkt automatisch in welke mate er gebruik van wordt gemaakt.

Valt over dat toekomstige gebruik nog meer te zeggen? Misschien moeten we er niet al te hoog gespannen verwachtingen van hebben. Ook de Unidroit Principles of International Commercial Contracts³¹ hadden als expliciet doel om als optioneel instrument te dienen. Toch zijn ze sinds 1994 maar in heel weinig gevallen van toepassing verklaard.³² Dat komt deels door onbekendheid en onzekerheid over hun inhoud en wijze van interpretatie door rechters en arbiters, maar ook omdat een keuze voor een dergelijke set van regels in het internationaal privaatrecht van vrijwel geen enkel land wordt erkend.³³ Partijen zullen dan een nationaal recht prefereren, eenvoudigweg omdat het meer zekerheid biedt. Een argument tegen het invoeren van een optioneel stelsel is dit overigens niet: pas als het is gecreëerd kan blijken of de verwachting juist is.

Sommigen zullen overigens beweren dat bij het vormgeven van een Europees contractenrecht geen scheiding mag worden gemaakt tussen consumentencontracten en commerciële contracten omdat dit in strijd zou komen met de eis dat privaatrecht coherent moet zijn. Dat argument valt moeilijk te accepteren. In het huidige privaatrecht is het zoeken naar coherentie steeds meer tevergeefs. Juist dankzij de bemoeienis van de Europese wetgever met het vermogensrecht zijn twee rationaliteiten ontstaan.³⁴ Enerzijds is er de rationaliteit van het

29 Zie bijv. Jan Smits, *Consumentenrecht: een zaak voor de Europese Unie? Een kritische beschouwing over het ontwerp voor een Europese richtlijn consumentenrechten*, in: M.W. Hesselink & M.B.M. Loos (red.), *Het voorstel voor een Europese richtlijn consumentenrechten: een Nederlands perspectief*, Den Haag 2009, p. 103 v.

30 Namelijk bij de verwerping door de lidstaten van de maximumharmonisatie die werd voorgesteld in het Voorstel voor een richtlijn betreffende Consumentenrechten, COM (2008) 614.

31 Rome 2004.

32 Zie Stefan Vogenauer, *Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law*, ERCL 6 (2010), p. 181

33 In Europa nog eens bevestigd in Verordening 593/2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbin-
tenissen uit overeenkomst (Rome I).

34 Zie Schmid, o.c. en Ralf Michaels, *Of Islands and the Ocean: the Two Rationalities of European Private Law*, in: Roger Brownsword, Hans Micklitz, Leone Niglia & Stephen Weatherill (eds.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford 2011 (te verschijnen).

Europese privaatrecht die in hoofdzaak instrumenteel is: recht wordt gebruikt om het doel van vervolmaking van de interne markt te verwezenlijken. Anderzijds is er de rationaliteit van het nationale privaatrecht dat veel meer is toegespitst op de noden van de maatschappij en op een steven naar een rechtvaardige uitkomst. Op nationaal niveau is het vinden van coherentie tegenwoordig niet minder lastig; vandaar ook dat het consumentenrecht vaak geen deel meer is van de nationale codificatie.³⁵

Ten slotte is er de vraag naar de inhoud van het instrument: wat moet er deel van uitmaken? Wil een optionele code daadwerkelijk door partijen worden gekozen, dan is belangrijk dat deze zoveel mogelijk een op zichzelf staande set van regels biedt³⁶ zodat op het terrein dat de code bestrijkt niet meer behoeft te worden teruggevallen op nationaal recht. Gezien de verwachting dat vooral commerciële partijen belang hebben bij een optioneel instrument lijkt belangrijk om vooral internationaal gebruikelijke overeenkomsten als *franchising* en distributieovereenkomsten te regelen. Veel meer dan bij bijvoorbeeld koop (dat toch al geregeld is in het Weens Koopverdrag) kan een optionele code op dat terrein een aantrekkelijk alternatief bieden. Het sleutelwoord is hier rechtszekerheid: als partijen het idee hebben dat nationaal recht meer zekerheid biedt, zullen zij niet bereid zijn om dat in te ruilen voor de onzekerheid van een optionele code. De regels van die code zullen dan ook in sterke mate gedetailleerd moeten zijn.³⁷

4 Ten slotte: de (democratische) legitimiteit van een optioneel stelsel

In het voorafgaande is de lof gezongen van optionele stelsels. Geen aandacht werd echter nog besteed aan de vraag hoe deze stelsels democratisch te legitimeren. In het verleden is veel kritiek geuit op de weinig democratische wijze waarop het Gemeenschappelijk Referentiekader voor een Europees privaatrecht tot stand kwam.³⁸ Gelijke kritiek was onlangs te horen op de samenstelling van de deskundigengroep die het GRK bewerkt voor praktische doeleinden: ook de leden daarvan behoren grotendeels tot de *incrowd* die al eerder betrokken was bij de samenstelling van het GRK.³⁹ Hoewel ook ik kritisch ben over de inhoud en functie van het GRK,⁴⁰ volg ik de kritiek op dit punt niet. Nieuwe vormen van

35 Zie, met veel details, Vogenauer, o.c., p. 175 v.

36 Zie ook Groenboek 2010, o.c., p. 7.

37 Zij het niet zo gedetailleerd als voorgesteld door Gerrit de Geest, Towards Extremely Detailed Standard Codes, Working Paper CIAV, Utrecht 2001. Zie ook mijn pleidooi voor 'hooginformatieve' codes in Jan Smits, Europese integratie in het vermogensrecht: een pleidooi voor keuzevrijheid, preadvies NJV 2006, in: Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 136 (2006-1), no. 27 v.

38 Zie vooral Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto, European Law Journal 10 (2004), 653 v. en Martijn W. Hesselink, The Politics of a European Civil Code, European Law Journal 10 (2004), 675 v.

39 Jürgen Basedow et al, Ein europäisches Vertragsrecht kommt – aber zu welchem Preis?, Frankfurter Allgemeine 1 juli 2010, p. 8.

40 Zie bijv. Jan Smits, The Draft Common Frame of Reference: how to improve it?, in: Hans-W. Micklitz & Fabrizio Cafaggi (eds.), European Private Law after the Common Frame of Reference, Cheltenham 2010, p. 90 v.

privaatrecht vereisen nieuwe vormen van legitimering.⁴¹ Optionele codes tasten weliswaar het monopolie van de nationale wetgever aan, maar doen dat op een zeer democratische wijze. Het zijn immers de private actoren (burgers en bedrijven) zelf die een keuze maken voor het andere stelsel. Als een set regels van aanvullend recht niet van bovenaf wordt opgelegd maar door partijen zelf wordt gekozen, is er niets op tegen als nationale parlementen niet betrokken zijn bij de totstandkoming er van. Het is dan natuurlijk wel van belang dat geen afbreuk wordt gedaan aan de bestaande consumentenbescherming of aan andere regels van dwingend recht: voor zover die worden aangepast, is bemoeienis van parlementen wel gewenst.

Als de legitimiteit van een optionele code er in ligt dat partijen die code kiezen, ontstaat een soort marktwerking die belangrijker kan zijn om niet-dwingend recht te legitimeren dan doorgaans wordt aangenomen. Zoals goede scholen meer leerlingen trekken dan slechte scholen, zal een attractiever optioneel stelsel vaker worden gebruikt dan een minder attractief nationaal recht. De eis stellen dat zowel het vervaardigen als het aanvaarden van regels van privaatrecht democratisch moet zijn gelegitimeerd door nationale parlementen is overigens ook niet in overeenstemming met eerdere ervaringen. Civielrechtelijke codes werden vrijwel altijd zonder grote inbreng vanuit het parlement tot stand gebracht: de relevante keuzes werden vooral door de ontwerpers zelf gemaakt.⁴² Daar valt ook veel voor te zeggen voor zover het niet gaat om uitgesproken politieke vragen zoals die naar het juiste niveau van bescherming van de consument. De vraagpuntenprocedure die bij de totstandkoming van het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek werd gevolgd had mijns inziens dan ook alleen zin voor zover het ging om dat type vragen, niet waar bijvoorbeeld de structuur van het wetboek of de wenselijkheid van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking aan de orde was.⁴³ Het uiteindelijke oordeel over de invoering van de gehele set regels (inclusief die van dwingend recht) behoort in geval van een nationaal wetboek uiteraard wel bij het parlement te liggen.

41 Zie Jan Smits, *Democracy and (European) Private Law: a Functional Approach*, *European Journal of Legal Studies* 2 (2009), p. 26 v.

42 Zie ook Peter A.J. Van den Berg, *The Politics of European Codification*, Groningen 2007.

43 Anders: Martijn W. Hesselink *The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization: The Dutch Experience*, in: Stefan Vogenauer & Stephen Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, p. 39 v.